



LUÍSA FOIZER TEIXEIRA

**VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE NO
ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343 DE 2006 E A DIVERGÊNCIA
ACERCA DE SUA VALIDADE**

**BRASÍLIA - DF
2011**

LUÍSA FOIZER TEIXEIRA

**VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE NO
ARTIGO 44 DA LEI Nº 11.343 DE 2006 E A DIVERGÊNCIA
ACERCA DE SUA VALIDADE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Prof. Georges C Frederico M
Seigneur

**BRASÍLIA - DF
2011**

TEIXEIRA, Luísa Foizer

Vedação da liberdade provisória, constante no artigo 44 da Lei nº 11.343 de 2006, e a divergência acerca de sua validade / Luísa Foizer Teixeira. Brasília: UniCEUB, 2011.

50 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Msc Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, Sílvia e Rogério, pelo apoio incondicional; e ao meu orientador, Georges, pelo auxílio e paciência.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a vedação da liberdade provisória constante no artigo 44 da Lei nº 11.343 de 2006 e a divergência acerca de sua aplicabilidade, principalmente no âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça. São dois os posicionamentos adotados: o primeiro, utilizado pela colenda 5ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, afirma, em síntese, ser suficiente e, portanto, válida a simples alusão a vedação prevista no artigo 44 da Lei 11.343/06 para se negar o benefício da liberdade provisória para preso em flagrante pela suposta prática de tráfico ilícito de drogas; já o segundo posicionamento, defendido pela colenda 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, afirma que a simples vedação mencionada violaria os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Palavras-chave: direito processual penal, tráfico ilícito de drogas, liberdade provisória, fundamentação.

ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPP – Código de Processo Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VINCULADOS AO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE	11
1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	11
1.2 Princípio da Presunção de Não Culpabilidade	13
1.3 Princípio do Devido Processo Legal	16
2 LIBERDADE PROVISÓRIA	18
2.1 Aplicabilidade da Liberdade Provisória	18
2.2 Vedação da Liberdade Provisória Constante no Artigo 44 da Lei nº 11.343 de 2006	22
2.3 Retirada da Vedação da Liberdade Provisória Constante na Lei nº 8.072 de 1990 (Lei de Crimes Hediondos)	23
3 DIVERGÊNCIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO ÂMBITO DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA	25
3.1 Posicionamento Aplicado pela 5ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça	26
3.2 Posicionamento Aplicado pela 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça	34
3.3 Repercussão Geral Acerca da Validade do Artigo 44 da Lei nº 11.343/06	45
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como principal objetivo desenvolver uma reflexão acerca da validade do artigo 44 da Lei nº 11.343 de 2006 que veda a concessão do benefício da liberdade provisória para preso em flagrante delito pela suposta prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

O benefício da liberdade provisória, previsto no Título IX do Código de Processo Penal, consiste, em síntese, na possibilidade do preso em flagrante responder ao processo em liberdade, seja mediante o pagamento de fiança ou, caso este não seja possível, quando o juiz verificar que o crime foi cometido nas condições do artigo 23 do Código Penal, que aborda as causas de exclusão de ilicitude, ou ainda quando ausentes qualquer das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva, em consonância com o artigo 310 do Código de Processo Penal.

A benesse mencionada visa essencialmente respeitar os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do devido processo legal. Estes princípios, conforme será demonstrado no trabalho, tutelam a liberdade do acusado. Assim sendo, antes deste ser considerado formalmente culpado, ou melhor, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a restrição da liberdade de ir e vir deve ser tida como uma exceção.

O artigo 44 da Lei 11.343 de 2006 veda a possibilidade de se conceder a liberdade provisória para quem supostamente pratica o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. De igual modo, a Lei nº 8.072 de 1990 vedava este mesmo benefício para os crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico de drogas e terrorismo). Ocorre que em 2007 a Lei nº 11.464 retirou a proibição de tal benesse prevista na Lei de Crimes Hediondos. Dessa forma, entende-se que para os crimes hediondos e equiparados atualmente aplica-se a regra geral prevista no artigo 310, parágrafo único, do CPP, que prevê a possibilidade do preso em flagrante responder ao processo em liberdade quando

ausentes no caso concreto os requisitos fundamentadores da prisão preventiva, estipulados no artigo 312 do CPP.

Daí concentra-se o ponto central do presente estudo, uma vez que encontramos posicionamentos divergentes, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, acerca da validade do artigo 44 da Lei de Drogas.

Para a colenda Quinta Turma do e. STJ, em suma, a simples alusão a vedação constante no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 é suficiente e, portanto, válida para se negar o benefício da liberdade provisória em casos de tráfico de entorpecentes. Além disso, acrescentam que a inafiançabilidade constitucional para crimes hediondos e equiparados, prevista no artigo 5º, inciso XLIII, CF/88, seria mais um motivo para fundamentar tal proibição. Por fim, alegam que as modificações introduzidas na Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07 em nada alterou o artigo 44 da Lei de Drogas, uma vez que está última é especial em relação à Lei de Crimes Hediondos.

Todavia, para colenda Sexta Turma do e. STJ, vedar a liberdade provisória para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com fulcro no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, violaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do devido processo legal. Assim sendo, para estes crimes, deve-se verificar no caso concreto a inoccorrência dos requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva e, caso ausentes, conceder a liberdade provisória, de acordo com o parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal. Por último, defendem que a supressão da proibição deste benefício na Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07, atingiria também o artigo 44 da Lei nº 11.343/06, uma vez que a alteração é posterior a este artigo.

Atualmente, o assunto abordado neste trabalho está aguardando o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, uma vez que já foi reconhecida a repercussão geral do tema, em controle difuso de constitucionalidade, nos autos do Recurso Extraordinário nº 601.384/RS.

Início a apresentação deste estudo abordando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de não culpabilidade e do devido processo legal. Depois, faço uma explicação sobre a aplicabilidade da liberdade provisória, incluindo o artigo 44 da Lei nº 11.343/06 e as alterações trazidas pela Lei nº 11.464/07. E, por fim, abordo detalhadamente os posicionamentos adotados pela Quinta e Sexta Turmas do e. Superior Tribunal de Justiça, acrescentando o reconhecimento da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal e a espera pelo julgamento do mérito.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VINCULADOS AO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE

O direito fundamental da liberdade está previsto no artigo 5º, **caput**, da Constituição Federal, que diz:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

Neste primeiro capítulo abordarei separadamente os princípios que mais se vinculam com o direito fundamental da liberdade, são eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da presunção de não culpabilidade e o princípio do devido processo legal.

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, que diz: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a dignidade da pessoa humana”.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que, em síntese, visa à proteção máxima do ser humano, possui importância central para muitos Estados de Direito. Não só este princípio, mas os direitos fundamentais em geral são considerados universais. Essa internacionalização de direitos definidos como básicos para qualquer cidadão, independentemente de raça, cor, sexo, religião, etnia, entre outros, iniciou-se quando o século XIX cedeu lugar para o século XX, mais especificadamente após a Segunda Guerra Mundial.

Acerca desse assunto, afirma o promotor de justiça Rogério Schietti, em seu livro *Prisão Cautelar*:

O respeito pela dignidade da pessoa humana é atualmente aceito como um princípio universal, presente no ordenamento jurídico de qualquer nação civilizada. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade – foram as palavras que, inscritas no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, sintetizaram o ideário liberatório do homem, construído ao longo de sua história.¹

Sobre o referenciado princípio e seu caráter inquestionável, dizem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco:

[...] não se discute o valor da dignidade da pessoa humana em si mesmo – até porque, sob este aspecto, ele parece imune a questionamentos -, mas tão-somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental.²

É a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que se desdobram os direitos fundamentais, incluindo o direito a liberdade. Como descrito no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, é dever do Estado Democrático de Direito proporcionar aos cidadãos as condições consideradas mínimas para uma vida digna. Dessa forma, a restrição a liberdade de ir e vir do cidadão, antes deste ser considerado formalmente culpado, deve ser tida como uma exceção, uma vez que a ausência de fundamentação na decisão que eventualmente decretar a prisão cautelar do réu acarretaria afronta ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Abordando os pontos acima tratados e tendo em vista a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana e também dos princípios da presunção de não culpabilidade e do devido processo legal, que mais a frente serão trabalhados, segue parte da ementa do voto proferido pelo eminente Ministro Eros Grau, do c. Supremo Tribunal Federal, nos autos do *habeas corpus* nº 101.055:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONJECTURAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INSUBSISTÊNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. ÓBICE AO APELO

¹ CRUZ, Rogério Schietii Machado. **Prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 151.

EM LIBERDADE. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO PRECEITO VEICULADO PELO ARTIGO 44 DA LEI 11.343/06 E DO ARTIGO 5º, INCISO XLII AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...]

3. Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

4. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado.

5. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória.

6. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*. Impõe-se porém ao Juiz, nesse caso o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo.

Ordem concedida.³

1.2 Princípio da Presunção de Não Culpabilidade:

O princípio da presunção de não culpabilidade, considerado basilar no ordenamento jurídico brasileiro, está previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101.505/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 12/02/2010.

A aplicação do mencionado princípio não afirma a inocência e muito menos a culpabilidade do réu, simplesmente determina o momento processual exato em que o indivíduo será considerado culpado e, assim, começará a execução de sua pena.

É importante que se entenda que o princípio da presunção de inocência não impede a imposição de prisões cautelares, entretanto ordena que, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a aplicação de tal medida somente será admitida em casos excepcionais, vedando de tal maneira a execução de uma pena futura e incerta.

Nesse sentido, diz Alexandre de Moraes:

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu status *libertatis*.⁴

Mantendo a mesma linha de pensamento, Fernando Tourinho Filho expõe: “[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela”.⁵

Do texto acima transcrito, podemos concluir que tratar as prisões provisórias como forma de execução de uma pena ainda não cominada ou não definitiva, afrontaria o princípio da presunção de não culpabilidade. Dessa forma, a imposição da segregação antes do trânsito em julgado deve, em qualquer circunstância e independentemente do crime supostamente cometido, ter natureza cautelar.

Outro ponto de extrema importância, que demonstra a incidência do princípio ora tratado na validade das prisões cautelares, é a necessidade de se

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 112.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, Vol. 1, p. 64.

verificar a qualquer tempo os fundamentos utilizados para cercear a liberdade do acusado, uma vez que a ausência destes tem como consequência a soltura imediata do réu. Nesse sentido, segue parte do voto proferido pelo eminente Ministro Eros Grau, do c. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* nº 98.233/PB

Os fundamentos da prisão cautelar, considerada a excepcionalidade dessa medida, devem ser reavaliados a qualquer tempo, a fim de evitar-se o cumprimento da pena sem sentença transitada em julgado, em evidente afronta ao art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil.⁶

Acerca do tema e partindo do ponto de que o princípio referenciado visa à tutela da liberdade pessoal do réu, acrescenta Alexandre de Moraes: “[...] há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”.⁷

A fim de se exemplificar uma possível fundamentação para a decretação da prisão provisória sem que se atinja o princípio da presunção de inocência, segue parte da ementa do voto proferido pelo em. Ministro Eros Grau, do c. Supremo Tribunal Federal, nos autos do *habeas corpus* nº 98.428/SC:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. NÃO CONCESSÃO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Direito de apelar em liberdade. Não concessão. Adoção dos fundamentos do decreto de prisão cautelar, do qual se extrai que o paciente registra intensa atuação nas atividades ilícitas pelas quais foi condenado. Associação para o tráfico em nível internacional, com aquisição de cocaína da Colômbia e do Paraguai e remessa a compradores na Holanda, Espanha e Portugal. O *modus operandi* da quadrilha evidencia a periculosidade do paciente, justificando sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. Ausência, portanto, de violação do princípio da presunção de inocência.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98.233/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 29/10/2009.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 112.

Ordem denegada.⁸

1.3 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal que diz: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

Este princípio possui uma dupla atuação, tanto no âmbito material quanto no formal. No âmbito formal visualizamos a ligação com os princípios da ampla defesa e do contraditório, já no âmbito material, o princípio do devido processo legal está vinculado ao direito de liberdade. Acerca do tema, afirma Alexandre de Moraes:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quando no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁹

Podemos considerar a garantia fundamental do devido processo legal como um direito de defesa de todo cidadão perante o judiciário, impedindo que este atue de forma arbitrária recolhendo, por exemplo, o acusado a prisão, salvo casos excepcionais, sem que este seja considerado formalmente culpado. Nesses termos, segue parte do voto proferido pelo eminente Ministro Eros Grau, no julgamento do *habeas corpus* nº 95.009/SP:

O Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranquilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranquilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98.428/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 23/10/2009.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 100.

do *habeas corpus*, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida.¹⁰

É importante que se entenda que, embora o mencionado princípio seja mais uma garantia em face das prisões decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, este não interfere na possibilidade de decretação das prisões cautelares, desde que estas sigam as formalidades legalmente estipuladas. Nesse sentido, afirma Fernando Tourinho Filho: “Já houve quem pensasse que, em face do princípio, haveria dificuldade para a decretação da prisão preventiva. Sem razão, contudo. As prisões preventivas continuarão, dêe que observadas as prescrições legais”.¹¹

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.009/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJE 19/12/2008.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, Vol. 1, p. 58.

2 LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória está prevista no Código de Processo Penal, em seu Título IX: “Da Prisão e da Liberdade Provisória”.

A liberdade provisória, em síntese, é um benefício que pode ser concedido ao preso em flagrante delito mediante o pagamento de fiança ou, caso este não seja possível, quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o crime foi cometido nas condições do artigo 23 do Código Penal, que aborda as causas de exclusão de ilicitude, ou ainda quando ausentes qualquer das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva, em consonância com o artigo 310 do Código de Processo Penal.

2.1 Aplicabilidade da Liberdade Provisória

São duas as possibilidades de concessão da liberdade provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro: com ou sem o pagamento de fiança. Os artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal elencam as possibilidades em que **não** será concedida a fiança:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

II - nas contravenções tipificadas nos arts. 59 e 60 da Lei das Contravenções Penais;

III - nos crimes dolosos punidos com pena privativa da liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV - em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;

V - nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça.

Art. 324 - Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o Art. 350;

II - em caso de prisão por mandado do juiz do cível, de prisão disciplinar, administrativa ou militar;

III - ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposos ou contravenção que admita fiança;

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (Art. 312).

Assim, quando não for direito do acusado obter a liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, o juiz, para conceder tal benefício, deverá verificar pelo auto de prisão em flagrante se o agente cometeu o delito nas condições do artigo 23 do Código Penal, que trata das causas de exclusão de ilicitude, ou se falta ao caso concreto qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, conforme estipulado no artigo 310, *caput* e parágrafo único (inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 27 de maio de 1977, pela Lei nº 6.416), do Código de Processo Penal:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

É importante assentar que, antes da promulgação da Lei nº 6.416/77, que inseriu o parágrafo único do artigo 310 no CPP, constitucionalmente falando, possuíamos apenas um tipo concreto de liberdade provisória: com o pagamento de fiança. Ou seja, uma vez que o crime era considerado insuscetível de

fiança pela Carta Magna o réu deveria ficar preso até decisão transitada em julgado, não havendo, portanto, uma análise casuística acerca da presença dos requisitos da prisão preventiva para a concessão do direito de responder ao processo em liberdade. Em poucas palavras, a inafiançabilidade constitucional do tipo penal vedava a concessão da liberdade provisória. Razão, inclusive, de parte da jurisprudência acrescentar que a vedação da fiança para o crime de tráfico ilícito de drogas, prevista na Constituição Federal, inciso XLIII, do artigo 5º, veda, conjuntamente com o art. 44 da Lei nº 11.343/06, a concessão do referenciado benefício.

De acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes no caso, prova da existência do crime e indício suficiente de autoria:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

Dessa forma, nos casos em que a lei não autoriza o pagamento de fiança, é necessário estar presente no caso ao menos um dos requisitos fundamentadores da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do CPP, além da prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, ou ausente causa de exclusão de ilicitude para a manutenção da segregação cautelar. Caso contrário, o réu deverá ser beneficiado com a liberdade provisória.

Em poucas palavras, o procurador Rogério Schietti, em seu artigo “A Inutilidade Atual da Fiança”, explica as atuais possibilidades de concessão de fiança e liberdade provisória:

A conjugação dos inúmeros artigos do Código de Processo Penal inseridos no seu Título IX – Prisão e Liberdade Provisória – permite extrair, inter alia, as seguintes regras:

1º Quem pratica infração penal punida com pena privativa de liberdade não superior a 3 (três) meses, deve ser imediatamente solto, sem qualquer obrigação processual. Ressalve-se a competência do Juizado Especial, onde, mesmo em penas superiores àquele limite (desde que não excedente a um ano de privação de liberdade), a única obrigação a que se sujeitará o “autor do fato” será a de comparecer à futura audiência preliminar em juízo. Note-se, porém, que para o descumprimento dessa obrigação a lei (nº 9.099/95) não previu qualquer consequência;

2º Quem pratica infração penal punida com pena mínima privativa de liberdade inferior ou igual a 2 (dois) anos poderá ser posto em liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, arbitrada quer pela própria autoridade policial (somente em relação a crimes punidos com pena de detenção), quer pela autoridade judiciária;

3º nos demais casos, i.e., crimes com pena mínima superior a 2 (dois) anos, não será cabível a fiança, o que, todavia, não evitará a colocação do infrator em liberdade provisória pelo juiz, mediante o simples compromisso de comparecer aos futuros atos processuais, desde que ausente motivo para a prisão preventiva ou presente causa excludente de criminalidade.¹²

Acerca da excepcionalidade das prisões provisórias, segue parte do voto condutor do em. Ministro Hamilton Carvalhido, no *habeas corpus* nº 89.491-7/SP:

A excepcionalidade da prisão cautelar, no sistema de direito positivo pátrio, é necessária consequência da presunção de não culpabilidade, insculpida como garantia individual na Constituição da República, somente se a admitindo nos casos legais de sua necessidade, quando certas a autoria e a existência do crime (Código de Processo Penal, artigo 312).¹³

A respeito do benefício mencionado e da inovação trazida pela inserção do parágrafo único no artigo 310 do Código de Processo Penal diz Eugênio Pacelli:

[...] desde 1977, a legislação processual fez uma opção claríssima em tema de prisão: o preso em flagrante somente terá mantida a sua prisão se, e somente se, pelo exame do auto de prisão em flagrante, se puder verificar a ocorrência de razões que determinem a decretação de sua prisão preventiva, tal como previsto no art. 312 do CPP. Consequência: a prisão provisória, como medida cautelar que

¹² CRUZ, Rogério Schiatti Machado. A Inutilidade Atual da Fiança. **Revista dos Tribunais**, 769/485. Novembro, 1999.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 54475/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 28/08/2006.

é, nos termos dos arts. 312 e 313 do CPP, passava, desde aquela época, a se constituir na exceção do sistema. A regra como se vê, era e é a restituição da liberdade, logo após cumpridas as funções do flagrante, tendo em vista a inexistência de sentença condenatória definitiva.¹⁴

2.2 Vedação da Liberdade Provisória Constante no Artigo 44 da Lei nº 11.343 de 2006

O artigo 44 da Lei nº 11.343/06 veda a possibilidade de se conceder o benefício da liberdade provisória para quem incorre, em tese, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes. *In verbis*: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Tal vedação foi imposta em consonância com a Lei nº 8.072/90, antes das modificações introduzidas pela Lei nº 11.464/07, que também proibiu a concessão da mencionada benesse para quem praticasse, em tese, crime hediondo ou seus equiparados (tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e terrorismo).

Parte da doutrina defende, em síntese, que a vedação da liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/90 é inconstitucional por violar os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Para estes, o correto a se fazer é aplicar o disposto no artigo 310, parágrafo único do CPP, que estipula a concessão do mencionado benefício quando ausentes, no caso concreto, os fundamentos da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do CPP.

Entretanto, para outra parte da doutrina, a vedação legal constante no artigo 44 da Lei 11.343/06 é por si só fundamento suficiente para a manutenção da prisão cautelar do acusado. Ademais, a inafiançabilidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, prevista no art. 5º, inciso XLIII, da Carta Magna, seria mais um fundamento para proibição da concessão da liberdade provisória, uma

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 441.

vez que, como dito anteriormente, a inafiançabilidade constitucional do tipo penal vedava a concessão de tal benesse.

2.3 Retirada da Vedação da Liberdade Provisória Constante na Lei nº 8.072 de 1990 (Lei de Crimes Hediondos)

Antes da promulgação da Lei nº 11.464 de 2007, a Lei nº 8.072/90, que versa sobre os crimes hediondos e equiparados (tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tortura e terrorismo), em seu artigo 2º, inciso II, vedava expressamente a concessão do benefício da liberdade provisória para quem respondesse pela prática dos crimes ali previstos. *In verbis*:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I- anistia, graça e indulto;

II - fiança e liberdade provisória.

Dessa forma, para os casos de prática dos crimes acima transcritos não havia uma análise acerca da presença ou não dos requisitos que autorizam a prisão preventiva para se conceder o benefício da liberdade provisória, conforme determina o artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, uma vez que a vedação legal constante no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, era suficiente para se negar a concessão da benesse.

Acerca do tema, diz Renato Marcão:

O art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90 vedava expressamente a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, em se tratando da prática de crime hediondo ou assemelhado. Doutrina e jurisprudência sempre foram divergentes a respeito da validade da referida regra. De um lado, havia quem entendia que a proibição estava expressa e por isso não se devia conceder liberdade provisória, sendo dispensável a análise de outros requisitos, bastando, portanto, o enquadramento na Lei n. 8.072/90 para ficar obstado o benefício. Para outros, dentre os quais nos incluímos, se ausentes os requisitos que autorizavam a decretação da prisão preventiva, era cabível a liberdade provisória, independentemente da gravidade do crime.¹⁵

¹⁵ MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

Podemos então concluir que a mesma divergência doutrinária e jurisprudencial que existia acerca da constitucionalidade da vedação da liberdade provisória para os crimes hediondos e seus equiparados, se mantém atualmente acerca da proibição do mesmo benefício para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes constante no artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

A Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, retirou do inciso II, artigo 2º, da Lei nº 8.072/90 o termo “e liberdade provisória”. Dessa forma, a vedação a concessão do benefício da liberdade provisória a quem incorresse, em tese, na prática de crime hediondo ou seus equiparados não possuía mais previsão legal.

É importante observar que parte da doutrina e da jurisprudência defendem que a retirada do termo “e liberdade provisória” constante no inciso II, do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, englobaria também o artigo 44 da Lei de Tráfico Ilícito de Drogas, uma vez que a Lei nº 11.464/07 é posterior a Lei nº 11.343/06. Dessa forma, para ambos os casos, deveria ser afastada a proibição da liberdade provisória e aplicada a regra geral constante no artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Entretanto, para os que se posicionam de forma contrária, a modificação introduzida pela Lei nº 11.464/07 em nada alterou diretamente o artigo 44 da Lei nº 11.343/06, uma vez que, respectivamente, a segunda lei é especial em relação à primeira, mantendo, portanto, intocável a vedação da liberdade provisória para o crime de tráfico de drogas.

3 DIVERGÊNCIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO ÂMBITO DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA

Desde a promulgação da Lei nº 11.464/07, de 28 de março de 2007, em que se removeu do rol das vedações dos crimes hediondos e equiparados a liberdade provisória, questiona-se se tal modificação se estende ao art. 44 da Lei 11.343/06 em que veda igualmente tal benefício às pessoas que incorrem, em tese, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

A referenciada dúvida atinge diversos aplicadores do direito, inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores. Analisaremos neste capítulo as duas vertentes adotadas pelo e. Superior Tribunal de Justiça, mais especificadamente pela Quinta e Sexta Turma.

Em apertada síntese, podemos afirmar que a Quinta Turma do e. Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de vedar a liberdade provisória para preso em flagrante pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com fundamento principalmente no art. 44 da Lei nº 11.343/06, e a Sexta Turma, de forma contrária, adota a vertente da concessão de tal benesse quando ausentes os requisitos do art. 312 do CPP, em razão de a proibição constante na Lei nº 11.343/06 violar os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

É importante ressaltar que os casos concretos tomados como parâmetro para a discussão do tema se assemelham sempre nos seguintes pontos: tratam de presos em flagrante delito pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 33, *caput* e § 1º, 34, 35, 36 e 37, todos da Lei nº 11.343/06, que caracterizam o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, requerendo a concessão do benefício da liberdade provisória, uma vez que a segregação cautelar carece de fundamentação legal, conforme exigido pelo artigo 310, parágrafo único, do Código

de Processo Penal. Na grande maioria dos pedidos de liberdade provisória ainda encontramos a alegação de que, por exemplo, o paciente é primário, trabalhador, possui residência fixa, além de bons antecedentes, o que seria mais um argumento favorável para o deferimento da benesse.

3.1 Posicionamento Aplicado pela 5ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça

Atualmente, a colenda 5ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça é composta por 5 (cinco) em. Ministros, são eles: Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz.

Pode-se alegar que a 5ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, ao denegar o pedido de concessão de liberdade provisória para quem pratica, em tese, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, utiliza-se de três fundamentos distintos: o primeiro e principal deles é a proibição constante no artigo 44 da Lei nº 11.343/06; o segundo, não se colocando aqui por ordem de importância, é a proibição constitucional do deferimento da fiança para os crimes hediondos e seus equiparados (tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e terrorismo) prevista no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal; o terceiro argumento é que a Lei nº 11.343/06 não é afetada pela modificação da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07 em razão do princípio da especialidade.

Quanto ao primeiro tópico citado, a vedação expressa da concessão da liberdade provisória para quem supostamente incorre no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, está prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, *in verbis*: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Quando abordado este fundamento, costumam afirmar que o supracitado artigo é fundamento suficiente para, por si só, indeferir a concessão da liberdade provisória. Acerca do tema, diz o em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no seu voto no *habeas corpus* nº 169.454/SP:

Com efeito, a vedação legal da concessão do benefício para autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei 11.343/06, é razão idônea e suficiente para o indeferimento da benesse, por se tratar de norma especial em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP e à Lei de Crimes Hediondos, com a nova redação dada pela Lei 11.464/2007.¹⁶

No mesmo sentido, segue parte do voto proferido pelo em. Ministro Felix Fischer, que, embora atualmente exerça a função de Vice Presidente do e. Superior Tribunal de Justiça, quando fazia parte da composição da colenda Quinta Turma possuía a mesma linha de pensamento hoje vigente, nos autos do *habeas corpus* nº 150.905/MG:

A posição adotada nesta Corte é de que o óbice à concessão do benefício, exteriorizada em texto legal, é, por si só, fundamento suficiente. Não é necessário que se motive concretamente a negativa. A regra geral insculpida no parágrafo único, do art. 310, do CPP, resta aí, afastada pelo contido na norma específica do art. 44 da Lei nº 11.343/06.

Aliás, a própria exigência introduzida no parágrafo único, do art. 310, do CPP (regra geral), é de difícil realização na prática, no dia a dia, sendo quase uma exigência legal inexecutável. Despiciendo lembrar que a situação aventada no referido parágrafo único dificilmente, ou quase nunca, possibilita que o juiz, no início da *persecutio criminis*, tendo em mãos somente o auto de prisão em flagrante, possa negar liberdade provisória com dados concretos (uma vez que predomina o entendimento de que a gravidade em abstrato e, em algumas vezes, até mesmo a gravidade em concreto, permita, como tal, a segregação cautelar).¹⁷

A vedação expressa constante no artigo 44 da Lei 11.343/06 é um fundamento de suma importância para os juristas que adotam o posicionamento da denegação da benesse. Ademais, da leitura dos votos é possível concluir que quando utilizam como justificativa o artigo acima mencionado, o interligam de certa forma com a vedação constitucional da fiança para os crimes hediondos e seus equiparados (tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e tortura) e com a especialidade da Lei 11.343/06 em relação à Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 169.454/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13/09/2010.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 150.905/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fisher, DJe 22/03/2010.

Primeiramente, é importante esclarecer a ligação entre a proibição constitucional da fiança, prevista no artigo 5º, inciso XLIII, da CF/88, e a vedação do benefício da liberdade provisória em casos de tráfico ilícito de entorpecentes, prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

Com a promulgação da Lei nº 6.416/77, foi inserido no artigo 310 do Código de Processo Penal o seu atual parágrafo único que determina que o juiz, ao analisar o auto de prisão em flagrante, deverá conceder a liberdade provisória ao acusado, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, quando ausentes as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva (artigos 311 e 312, ambos do CPP). O mencionado parágrafo único trouxe ao ordenamento jurídico uma novidade: mesmo que o crime imputado ao réu não seja passível de fiança, haverá a possibilidade da concessão do benefício citado se verificado, no caso concreto, a ausência dos pressupostos da prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP.

Antes da inserção do parágrafo único no artigo 310 do Código de Processo Penal, quando o crime era considerado inafiançável, ou seja, quando se tratava de crimes hediondos e seus equiparados (tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e terrorismo), com fundamento exclusivo no artigo 5º, inciso XLIII, da Carta Magna, se vedava a possibilidade do deferimento da liberdade provisória. Em poucas palavras podemos dizer que a inafiançabilidade constitucional do tipo penal vedava por si só a concessão da benesse, uma vez que, como dito anteriormente, só possuíamos um tipo de liberdade provisória: com o pagamento de fiança. Não havia, portanto, uma análise do caso concreto acerca da presença ou não dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, simplesmente se negava o benefício em razão da inafiançabilidade do delito.

Assim, a colenda 5ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal de 1988, que afirma ser insuscetível de fiança os crimes hediondos e seus equiparados, é mais um motivo para indeferir o benefício da liberdade provisória para os casos de tráfico ilícito de entorpecentes.

Verifica-se tal posicionamento no trecho do voto proferido pelo em Ministro Jorge Mussi, nos autos do *habeas corpus* nº 145.797/MG, interposto em face de acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, mantendo a decisão do juiz de primeiro grau, indeferiu a liberdade provisória para a paciente presa em flagrante pela prática dos crimes tipificados no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/06:

[...] verifica-se que o magistrado de primeiro grau indeferiu a pretendida liberdade provisória também com base na vedação legal contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/06, que proíbe a concessão do referido benefício àqueles flagrados na prática dos crimes dos arts. 33, 34 a 37 da Lei n.º 11.343/06 praticados na vigência da novel legislação especial, fundamento que, por si só, segundo orientação desta Quinta Turma, justifica a manutenção da constrição antecipada, mesmo após a vigência da Lei n.º 11.464/07, por encontrar amparo no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade de tais infrações.¹⁸

Nesta mesma linha de pensamento, segue breve trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho nos autos do *habeas corpus* nº 169.454/SP:

Inicialmente, quanto à alegação de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06, tem-se que havendo vedação constitucional à fiança, não há que se falar em inconstitucionalidade na vedação à liberdade provisória sem fiança.¹⁹

In verbis, segue parte do voto proferido pelo eminente Ministro Felix Fisher, nos autos do *habeas corpus* nº 150.905/MG:

Sob outro prisma, a Augusta Corte tem concluído pela negativa da liberdade provisória calcando a diretriz de tal entendimento, também, no art. 5º, inciso XLIII, da Carta Magna. É que proibida constitucionalmente a concessão de fiança para crimes hediondos e assemelhados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), inexistente razão para que se possa questionar a liberdade provisória cuja proibição está exposta no art. 44 da Lei nº 11.343/06. Por exemplo, a doughty fundamentação no voto condutor (Relator o em. Ministro Sepúlveda Pertence) do HC 83.468-0/ES, da e. 1ª Turma do c. Pretório Excelso, verbis:

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 145.797/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03/05/2010.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 169.454/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13/09/2010.

"A proibição legal de concessão da liberdade provisória seria inócua, se a afastasse o juízo da não ocorrência, no caso concreto, dos motivos autorizadores da prisão preventiva: precisamente porque a inoccorrência deles é uma das hipóteses de liberdade provisória do preso em flagrante (CPrPen, art. 310, parág. único, cf. L. 6416/77), o que a L. 8072 a vedou, se se cuida de prisão em flagrante de crime hediondo.

De outro lado, a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: como acentuou, com respaldo na doutrina, o voto vencido, no Tribunal do Espírito Santo, do il. Desemb. Sérgio Teixeira Gama, seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais liberdade provisória sem fiança." (grifei).

Seguindo a referida linha de pensamento, tem-se no voto condutor (Relator o em. Ministro Joaquim Barbosa) do HC 86.814-2/SP, da c. 2ª Turma, o seguinte:

"Inicialmente, destaco que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a plena aplicabilidade da vedação à concessão do benefício da liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, nos termos do inciso II do art. 2º da Lei 8.072/1990.

Com efeito, o dispositivo legal citado atende à previsão de inafiançabilidade constante do inciso XLIII, do art. 5º, da Constituição federal." (grifei).²⁰

Por último, faremos a análise da modificação trazida pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, utilizada também como fundamento para indeferir a concessão da liberdade provisória.

Antes da promulgação da Lei nº 11.464/07, o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90 possuía a seguinte redação:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...]

II – fiança e liberdade provisória.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 150.905/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fisher, DJe 22/03/2010.

A alteração realizada pela citada lei foi a retirada do termo “*e liberdade provisória*” constante no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90. Atualmente, este artigo possui a seguinte redação:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...]

II – fiança.

Ocorre que, embora para alguns tal alteração revogue tacitamente o artigo 44 da Lei nº 11.343/06, na parte que concerne ao benefício da liberdade provisória, o que será explicado mais adiante, para os que aderem ao entendimento adotado pela Quinta Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, a modificação em nada alterou o posicionamento da vedação da liberdade provisória para os crimes hediondos e equiparados (tráfico ilícito de entorpecente, tortura e terrorismo), uma vez que esta apenas deixou de versar sobre algo já definido pela Carta Magna, no art. 5º, inciso XLIII, que reza sobre a inafiançabilidade dos mesmos crimes.

Para a mesma corrente, mesmo que a supracitada alteração passasse a permitir a concessão da liberdade provisória para os casos de crimes hediondos e equiparados, quando analisado o caso concreto em conjunto com os requisitos da prisão preventiva (artigo 312, CPP), esta não afetaria a vedação constante no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, que versa sobre o tráfico ilícito de drogas, uma vez que esta última é especial em relação à Lei de Crimes Hediondos, nº 8.072/90, e, segundo o princípio da especialidade, lei geral não revoga lei especial.

Nesse sentido, segue trecho do voto proferido pela em. Ministra Laurita Vaz, nos autos do *habeas corpus* nº 158.075/SP, interposto em face de decisão proferida pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu a liminar ali pleiteada, em favor da paciente presa em flagrante pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06:

Ressalte-se, por pertinente, que a supressão promovida pela Lei n.º 11.464/07 quanto à vedação legal do benefício da liberdade provisória em nada afetou os posicionamentos acima esposados.

A Lei n.º 11.343/06, por regular particularmente a disciplina dos crimes de tráfico, é **especial** em relação à Lei dos Crimes Hediondos, inexistindo, portanto, nenhuma antinomia no sistema jurídico, à luz do brocardo **lex specialis derogat legi generali**.²¹

Para uma melhor exemplificação do assunto tratado e excepcionalmente saindo do âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é coerente que se cite parte da ementa do voto proferido pelo em. Ministro Carlos Ayres Britto, nos autos do *habeas corpus* nº 97.820/MG, do Supremo Tribunal Federal:

1. Se o crime é inafiançável e preso o acusado em flagrante, o instituto da liberdade provisória não tem como operar. O inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/90, quando impedia a “fiança e a liberdade provisória”, de certa forma incidia em redundância vernacular, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo artigo 1º da Lei 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão-somente, a vedação do instituto da fiança.

2. Manutenção da jurisprudência da Primeira Turma, no sentido de que ‘a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: ...seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança...’ (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence).²²

Por fim, para consolidar o ora tratado, segue abaixo ementa do voto proferido pelo eminente Ministro Gilson Dipp, nos autos do *habeas corpus* nº 83.010/MG:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO LEGAL. LEI ESPECIAL. INAFIANÇABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, tendo sido indeferido pelo Magistrado singular o benefício da liberdade provisória.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 158.075/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 13/09/2010.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.820/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 01/07/2009.

O entendimento anteriormente consolidado nesta Corte orientava-se no sentido de que, ainda que se cuidasse de crime de natureza hedionda, o indeferimento do benefício da liberdade provisória deveria estar fulcrado em suficiente e adequada fundamentação, com base nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Revisão da jurisprudência em virtude de entendimento do Supremo Tribunal Federal, sentido de que o disposto no art. 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos, por si só, constitui fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória, sem a necessidade de explicitação de fatos concretos que justifiquem a manutenção da custódia.

A proibição da liberdade provisória a acusados pela prática de crimes hediondos deriva da inafiançabilidade dos delitos dessa natureza preconizada pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLIII.

A superveniência da modificação trazida pela Lei 11.464/2007 não possibilitou a concessão da liberdade provisória aos réus que respondem ação penal pela prática do crime de tráfico de entorpecentes.

A Lei 11.343/2006 cuida de legislação especial, e contém disposição expressa quanto à proibição do deferimento da liberdade provisória nas hipóteses de tráfico de entorpecentes.

Em se tratando de lei especial, não se mostra plausível a tese de que tal dispositivo foi derogado tacitamente pela Lei 11.464/2007.

Superveniência de sentença, tendo o réu sido condenado à pena de 12 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, vedado o apelo em liberdade por ter permanecido preso durante a instrução criminal.

Ordem denegada.²³

Nesse mesmo sentido, segue ementa do voto proferido pela eminente Ministra Laurita Vaz, nos autos do habeas corpus nº 163.701/TO:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO.

1. Hipótese em que a Paciente foi presa em flagrante em 23/12/2009, com uma porção de 12 gramas de "maconha" e uma balança.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 83.010/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 06/08/2007.

2. Não se descarta o que o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral da questão suscitada no Recurso Extraordinário n.º 601.384/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – no qual se discute a validade da cláusula proibitiva de liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico de drogas, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.

3. Entretanto, a matéria em análise no referido Recurso Extraordinário ainda não teve o mérito debatido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo, na jurisprudência dos Tribunais Pátrios, o entendimento de que a vedação expressa do benefício da liberdade provisória (e do apelo em liberdade) aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

4. Ordem denegada.²⁴

3.2 Posicionamento Aplicado pela 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça

Atualmente, a colenda 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça é composta por 4 (quatro) em. Ministros, são eles: Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE).

Podemos dizer que a 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça utiliza dos seguintes fundamentos quando concede a liberdade provisória para quem incorre, em tese, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins: a necessidade de fundamentação da decisão que indefere a concessão de tal benefício, em respeito ao artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal, transcendendo, assim, a vedação prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/06; afirma a desvinculação da possibilidade do deferimento da mencionada benesse com a proibição da concessão da fiança para os crimes hediondos e equiparados, prevista no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal; bem como a consequência gerada pela Lei nº 11.464/07 no artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 163.701/TO, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 11/10/2010.

Começaremos, então, com o primeiro tópico citado: a necessidade de fundamentação da decisão que indefere o pedido de liberdade provisória para o preso em flagrante delito pela suposta prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, aplicando, assim, a determinação prevista no artigo 310, parágrafo único do CPP e, por consequência, afastando a simples alusão a proibição constante no artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

Para a devida compreensão do argumento supracitado é necessário que sejam expostos alguns outros pontos que norteiam a necessidade de fundamentação.

Para os eminentes Ministros da 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça a prisão cautelar do acusado por qualquer crime que seja, incluindo aqui os hediondos e seus equiparados (tráfico ilícito de drogas, tortura e terrorismo), deve ser tida como uma exceção. Sendo, dessa forma, a liberdade a regra.

Portanto, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o réu, em respeito ao princípio da presunção de inocência, deverá responder ao processo em liberdade. Para que seja, então, decretada sua segregação cautelar é imprescindível que se fundamente a necessidade de tal medida extrema, consoante determinação prevista no artigo 310, parágrafo único, nos requisitos do artigo 312, ambos do Código de Processo Penal, sendo eles: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Citado o princípio da presunção da não culpabilidade, é importante relembrar brevemente que tal princípio é considerado basilar no ordenamento jurídico brasileiro e está previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É evidente, assim, que a presunção de inocência tutela a liberdade do acusado. Razão, inclusive, da necessidade de sempre ser fundamentada a decisão que excepcionalmente decretar a custódia provisória do acusado.

Nesse mesmo sentido, diz o promotor de justiça Rogério Schietti, em seu livro *Prisão Cautelar*:

Como regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência exige que o acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Equivale isso a dizer, no que concerne ao tema objeto deste estudo, que o acusado somente pode ser preso diante de uma imperiosa necessidade, devidamente justificada e apoiada em critérios legais e objetivos, de modo a conferir o caráter realmente cautelar à prisão *ante tempus*.²⁵

Em conjunto com o princípio da não culpabilidade, podemos afirmar que os princípios do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana também são afrontados quando mantida a segregação provisória sem a devida fundamentação. Respectivamente, quanto ao primeiro princípio, a violação parte do seu próprio artigo, que diz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal), dessa forma, antes de condenação definitiva, ninguém poderá ser considerado culpado, bem como, ninguém poderá ser preso sem necessidade; quanto ao segundo, temos que ter em vista que é a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que se desdobram os direitos fundamentais, entre eles o da liberdade, e que tais direitos devem ser garantidos a todos os cidadãos pelo Estado Democrático de Direito. Concluímos, então, que os dois princípios se interligam com a proteção a liberdade do indivíduo, assim como o princípio da presunção de inocência.

Outro ponto constantemente abordado pela colenda 6ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que norteia a necessidade de fundamentação, é o fato de que, ao receber um pedido de liberdade provisória, o juiz deve analisar o caso concreto para, assim, decidir se é essencial ou não a manutenção da segregação cautelar, ou melhor, se estão presentes os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva. Dessa forma, resta afastada a proibição genérica da liberdade provisória, o que, se fosse aplicada, afrontaria os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

²⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 70.

Em outras palavras, a obrigatoriedade da análise do caso concreto afasta a possibilidade do indeferimento da liberdade provisória para o acusado de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins com a simples alusão do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, que versa: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Nesse sentido, segue parte do voto proferido pelo eminente Ministro Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE), nos autos do *habeas corpus* nº 155.380/PR, impetrado em favor de preso em flagrante, denunciado pela prática dos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/06, tendo por objetivo a concessão do benefício da liberdade provisória:

A Sexta Turma desta Corte tem reiteradamente proclamado que, mesmo nas hipóteses de crimes hediondos ou equiparados, é imprescindível que se demonstre, com base em elementos concretos, a necessidade da custódia, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, e, isso, inclusive em relação aos acusados da prática de tráfico de entorpecentes presos em flagrante, não obstante a vedação contida no artigo 44 da nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, eis que entendido que a liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por imperativo constitucional, é a regra, não a exceção. [...]

Como se vê, o Juiz de primeiro grau indeferiu a liberdade provisória em razão da suposta vedação legal, tecendo, ainda, considerações de ordem genérica a respeito da necessidade de resguardo da ordem pública, fundamentos inidôneos à manutenção da segregação cautelar, notadamente se não demonstrada de forma concreta a imprescindibilidade da medida, evidenciado, dessarte, o constrangimento ilegal.²⁶

Mantendo os mesmos argumentos, segue trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Og Fernandes, nos autos do *habeas corpus* nº 126.308/SP, impetrado em favor de preso em flagrante pela suposta prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em que se alega a ausência de fundamentação necessária para a manutenção da prisão cautelar, requerendo, em síntese, a expedição do alvará de soltura:

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 155.380/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE), DJe 05/04/2010.

A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser impostas, ou mantidas, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

Como se pode notar, a fundamentação declinada pelo magistrado de primeiro grau atém-se à gravidade abstrata do crime e à circunstância de ser equiparado a hediondo.

Com efeito, não se disse, concretamente, de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal.²⁷

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afasta totalmente o argumento, aplicado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que diz que a inafiançabilidade constitucional dos crimes hediondos e equiparados (tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e terrorismo) veda, também, a concessão da liberdade provisória para quem incorre nos mesmos crimes.

Fazendo uma breve análise no assunto supracitado, temos que a base de defesa do argumento da inafiançabilidade constitucional do tráfico ilícito de drogas, é que, antigamente, isto é, antes da inserção do parágrafo único no artigo 310 do Código de Processo Penal pela Lei nº 6.416/77, que possibilita a concessão da liberdade provisória sem o pagamento de fiança quando ausentes os requisitos da prisão preventiva, apenas existia um tipo de liberdade provisória: com o pagamento de fiança. Dessa forma, quando vedada a fiança para certos tipos de crimes, se vedava automaticamente a possibilidade de se responder ao processo em liberdade.

Entretanto, conforme abordado, a 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça se posiciona de forma contrária a este argumento, na medida em que

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 126.308/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28/09/2009.

esta possibilita a concessão da liberdade provisória mesmo se tratando de crimes hediondos e seus equiparados.

Acerca deste assunto, segue parte do brilhante voto proferido pelo eminente Ministro Nilson Naves, recentemente aposentado, nos autos do *habeas corpus* nº 134.350/SP, em que se busca o deferimento da liberdade provisória:

O que sempre sustentei e sustento, confirmam, é que é inadmissível prisão de natureza cautelar – seja lá qual for a espécie de crime – despida de real fundamentação. Há, contudo, entendimento que se apoia no inciso XLIII para ter alguns crimes por insuscetíveis de liberdade provisória. O argumento nunca me convenceu: é que não se cuida de fiança, e sim de fundamentação. O próprio legislador – vejam! – voltou sobre os seus próprios passos, alterando a Lei nº 8.072/90, 'sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal'.

Norma por norma constitucional, há tantas outras, e tantas noutro sentido. Se se lê, no inciso, XLIII, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis, etc., de igual modo, lê-se, no mesmo texto constitucional, o seguinte:

'LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º).

'LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes' (art. 5º).

'LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (art. 5º).

'LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei' (art. 5º).

'LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (art. 5º).

'IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação' (art. 93).

E norma por norma infraconstitucional, também há outras, ei-las:

'Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)' (art. 310, parágrafo único, do Cód. de Pr. Penal).

'O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado' (art. 315 do Cód. de Pr. Penal).²⁸

Entrando agora em um âmbito pessoal, para mim sábias são as palavras acima transcritas uma vez que demonstram claramente que a inafiançabilidade prevista no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, atualmente, não engloba a vedação da liberdade provisória sem o pagamento de fiança, principalmente porque a proibição constitucional da fiança, por óbvio, veda a fiança e não diz respeito à fundamentação. Em segundo plano citamos ainda, conforme mencionado pelo eminente Ministro Nilson Naves, que existem várias outras normas constitucionais que tutelam a liberdade do indivíduo, dessa forma, quando mantida a posição no sentido de vedar a liberdade provisória com fundamento no mencionado artigo, estas estariam sendo desrespeitadas, além de podermos afirmar que a interpretação nesse sentido é como retroceder na evolução até então obtida, uma vez que o legislador editou nova lei revogando a vedação da liberdade provisória em casos de crimes hediondos e equiparados.

Como último ponto a ser abordado em relação ao posicionamento adotado pela 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar a vedação da liberdade provisória para os crimes de tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins, temos a consequência gerada pela Lei nº 11.464/07 no artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

A modificação trazida pela Lei nº 11.464 de 2007 na lei dos crimes hediondos e equiparados (tráfico ilícito de drogas, prática da tortura e terrorismo), foi a retirada do termo “*e liberdade provisória*” do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, não tendo mais, portanto, a vedação expressa da concessão deste benefício para quem respondesse pelos crimes ali tipificados.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 134.350/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 21/09/2009.

Para os que adotam o posicionamento de que, independentemente do crime cometido, a prisão cautelar é a exceção, devendo, dessa forma, sempre ser fundamentada, e a liberdade é a regra, a alteração feita pela Lei nº 11.464 de 2007, por ser posterior a Lei nº 11.343 de 2006, revoga por consequência o artigo 44 da Lei nº 11.343/06.

Em poucas palavras podemos dizer que, uma vez que o legislador ordinário retirou a vedação da liberdade provisória para os crimes considerados mais graves, hediondos e equiparados, por consequência também estaria retirando a mesma proibição da Lei nº 11.343 de 2006 que versa sobre o tráfico ilícito de drogas.

Apenas a título de recordação, conforme anteriormente abordado no tópico 3.2 deste capítulo, para quem se posiciona de forma contrária, a mencionada inovação trazida pela Lei nº 11.464/07 em nada modificou a Lei nº 11.343/06, por essa última ser especial em relação à primeira.

Acerca do tema, segue parte do voto proferido pelo eminente Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), nos autos do *habeas corpus* nº 126.228/DF, impetrado em favor da paciente presa em flagrante e acusada pela prática pelo delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, em que se buscava a concessão do benefício da liberdade provisória:

A prisão cautelar da paciente foi mantida com base na vedação legal prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 e na gravidade do delito pelo qual foi a paciente denunciada.

O e. Tribunal impetrado denegou a ordem em **writ** lá impetrado, alegando que, segundo entendimento das Cortes superiores, configurado o flagrante por tráfico de substância entorpecente, há expressa vedação de concessão da liberdade provisória contida no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

Mas, não é bem assim.

Não se desconhece a vedação legal de concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico de entorpecentes.

Mas, esta Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a prisão preventiva deve ser sempre fundamentada em dados concretos a justificar a adoção da medida extrema, ainda que haja texto legal vedando a liberdade provisória do réu, e que a Lei 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II da Lei 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Constituição Federal de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva.²⁹

Por fim, é bom que se exponha que embora a colenda 6ª Turma do e. Superior Tribunal de Justiça se posicione no sentido de ser cabível a liberdade provisória nos casos de cometimento do delito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tal entendimento não é unânime entre os Ministros que fazem parte dela. Melhor dizendo, atualmente, o eminente Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), vem se posicionando no sentido de que a vedação constante no artigo 44 da Lei nº 11.343/06 é motivo suficiente para impossibilitar que se responda ao processo em liberdade.

Nesses termos, segue parte do voto vencido proferido pelo eminente Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), nos autos do *habeas corpus* nº 126.308/SP, no qual o eminente Ministro Og Fernandes era o relator:

Senhora Ministra Presidente, pedindo vênias ao Sr. Ministro Relator, entendo que o óbice à concessão da liberdade provisória para os acusados da prática dos delitos de tráfico de drogas presos em flagrante, previsto no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, é motivo bastante para o indeferimento da benesse, sendo irrelevante, portanto, eventual discussão acerca da existência ou não de fundamentação de eventual decisão a esse respeito, razão pela qual denego a ordem de **habeas corpus**.³⁰

A fim de consolidar o ora tratado neste subcapítulo, segue ementa de julgado proferido pela eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acerca da possibilidade de se conceder a liberdade provisória para quem incorre, em tese no crime de tráfico ilícito de drogas, nos autos do *habeas corpus* nº 164.702/MT:

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 126.228/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 08/09/2009.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 126.308/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28/09/2009.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Hipótese em que o magistrado *a quo* não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema, baseando-se apenas na gravidade genérica do crime de tráfico de drogas, fundamento que se mostra insuficiente, cabendo destacar que se trata de pequena quantidade de entorpecente (10,510g de cocaína).

3. Ordem concedida para garantir ao paciente a liberdade provisória, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento aos atos processuais subsequentes, sob a ressalva de lhe ser decretada nova prisão, caso demonstrada a necessidade.³¹

Nesse mesmo sentido, segue ementa do voto proferido pelo eminente Ministro Og Fernandes, nos autos do *habeas corpus* nº 131.302/PB:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. CABIMENTO. ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

3. A fundamentação do magistrado de primeiro grau atém-se à gravidade abstrata do crime e à circunstância de ser equiparado a hediondo.

4. Em vários julgados a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça acentuou que a vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06 não é obstáculo, por si, à concessão da liberdade provisória, não se

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 164.702/MT, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 16/08/2010.

olvidando que a proibição então contida na Lei de Crimes Hediondos foi suprimida pela Lei nº 11.464/07.

5. Ademais, é certo que a quantidade de droga constitui elemento fático determinante na avaliação da necessidade da prisão cautelar, notadamente para assegurar a ordem pública. Entretanto, na espécie, foram apreendidos em poder do paciente 95 (noventa e cinco) gramas de cocaína, o que não se mostra suficiente, por si só, para demonstrar a periculosidade do agente, sobretudo se comparada com quantias frequentemente encontradas.

6. **Habeas corpus** concedido para que o paciente seja colocado em liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante assinatura de termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.³²

Para finalizarmos o assunto, segue ementa do voto proferido pelo e. Ministro Nilson Naves, já aposentado, nos autos do *habeas corpus* nº 134.350/SP, que abordou de forma consistente o assunto:

Prisão em flagrante (tráfico ilícito de drogas). Liberdade provisória (indeferimento). Garantia da ordem pública, hediondez e vedação legal (motivação). Fundamentação (falta). Coação ilegal (caso).

1. Se a necessidade do encarceramento deve ser provada em caso de prisão definitiva, mais ainda deverá sê-lo quando se cuidar de prisão provisória – no caso, prisão preventiva –, cuja natureza é cautelar.

2. Em princípio, a propósito de decisão que indefere liminar em feito da mesma natureza, é incabível habeas corpus. Todavia, tendo sido impetrado o writ para se reparar coação manifestamente ilegal, três são as soluções possíveis: uma é a concessão da ordem de maneira decisiva, terminante; outra é a concessão até que, na origem, seja definitivamente julgado o habeas corpus lá impetrado (a ordem expedida pelo Superior Tribunal passa a ter caráter cautelar e conserva a sua eficácia no tempo, perdendo-a quando do julgamento de origem); e a terceira solução é a expedição, de ofício, da ordem de habeas corpus.

3. Se o indeferimento da liberdade provisória está apoiado na garantia da ordem pública – sem se definir o porquê de sua invocação – e na hediondez do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, tais aspectos são insuficientes para justificar, a contento, a manutenção de medida de índole excepcional.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 131.302/PB, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 21/09/2009.

4. Também não é suficiente, evidentemente, a reportagem, e simples, ao frio texto da lei (por exemplo, ao art. 44 da Lei nº 11.343/06), porque, se assim fosse, a prisão provisória passaria a ter caráter de prisão obrigatória, e não é esse o seu caráter.

5. Caso no qual o ato judicial que indeferiu a liberdade provisória carece de suficiente motivação; falta-lhe, portanto, validade, decorrendo daí ilegal coação.

6. Habeas corpus concedido.³³

3.3 Repercussão Geral Acerca da Validade do Artigo 44 da Lei nº 11.343/06

É relevante informar que, recentemente, o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu que a questão alusiva à validade da cláusula proibitiva de liberdade provisória aos presos em flagrante pela prática, em tese, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, possui repercussão geral. Segue o pronunciamento do eminente Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 601.384/RS, acerca da repercussão geral:

PRONUNCIAMENTO: PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – TRÁFICO DE DROGAS – FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. A Assessoria assim retratou as balizas em jogo:

'Submeto a Vossa Excelência o que debatido no Recurso Extraordinário nº 601.384-1/RS, para exame da oportunidade de incluir a matéria no sistema eletrônico da repercussão geral.

O Superior Tribunal de Justiça assentou não ser lícito o indeferimento da liberdade provisória a acusados da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes com base apenas na vedação contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006. A confirmar esse entendimento, e com finalidade de adequar a legislação ordinária ao texto constitucional, estaria a Lei nº 11.464/2007, aplicável a todos os crimes hediondos e proibitiva unicamente da fiança.

Conforme o voto condutor do julgamento, a restrição da liberdade deve sempre estar alicerçada em elementos concretos, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. A

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 134.350/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 21/09/2009.

possibilidade de ser concedida liberdade provisória nos casos de crimes hediondos também decorreria da circunstância de haver vedação constitucional apenas à fiança – artigo 5º, inciso XLIII, da Carta da República.

No extraordinário interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Ministério Público Federal articula com transgressão do artigo 5º, inciso XLIII, da Carta de 1988. Afirma que a impossibilidade de concessão da liberdade provisória a agentes presos em flagrante pela prática de crimes hediondos e equiparados – como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes – deriva da própria inafiançabilidade imposta pela Lei Maior. Menciona precedente do Supremo para sustentar a prevalência da Lei nº 11.343/2006 sobre a Lei nº 11.464/2007, considerado o princípio da especialidade das leis.

Sob o ângulo da repercussão geral, assevera haver interesse de toda a sociedade na justa aplicação das normas penais e na correta exegese do artigo 5º, inciso XLIII, da Carta da República. Aduz que o tema relativo à concessão de liberdade provisória sem fiança a agentes presos em flagrante pelo cometimento de crimes hediondos e equiparados, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes, ultrapassa os interesses das partes envolvidas no litígio, “dada sua aptidão para fazer surtir efeitos no panorama jurídico e social da coletividade”.

(...)

2. Iniludivelmente, o tema está a exigir o crivo do Supremo para definir-se o alcance da cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes considerados hediondos. A questão que se coloca é única: havendo o flagrante, existe a possibilidade de acolher-se pedido de concessão de liberdade provisória tal como fez o Superior Tribunal de Justiça? Melhor dirá o Plenário.

3. Admito a configuração da repercussão geral.

(...)

É importante que se observe que o reconhecimento da mencionada repercussão geral da matéria atinente à possibilidade da concessão da liberdade provisória em caso de tráfico ilícito de entorpecentes não envolveu a análise do mérito. Ou seja, acerca da matéria em si, o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou. Dessa forma, o assunto ainda aguarda o seu julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Nesse sentido e acerca da manifestação do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio, no RE 601.384/RS, segue parte do voto proferido pela eminente Ministra Laurita Vaz, nos autos do *habeas corpus* nº 158.075/SP:

Depois de proferida a manifestação do eminente Relator, o Plenário Virtual do Pretório Excelso, em 10/09/2009, reconheceu a repercussão geral na referida causa, conforme ementa obtida do site oficial que o Supremo Tribunal Federal mantém na internet:

PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – TRÁFICO DE DROGAS – FIANÇA VERSUS LIBERDADE PROVISÓRIA, ADMISSÃO DESTA ÚLTIMA.

– Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de ser concedida liberdade provisória a preso em flagrante pela prática de tráfico de drogas, considerada a cláusula constitucional vedadora da fiança nos crimes hediondos e equiparados." (RE/RS 601.384-RG, Rel. Min. MIN. MARCO AURÉLIO, DJe de 29/10/2009.)

Acrescente-se que a matéria de em análise no referido Recurso Extraordinário ainda não teve o mérito debatido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, prevalece, na jurisprudência dos Tribunais Pátrios, entendimento contrário à pretensão dos Impetrantes.³⁴

Assim sendo, enquanto não declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça manterá os posicionamentos até então adotados.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 158.075/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 13/09/2010.

CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido teve como objetivo a demonstração dos posicionamentos adotados pelo colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da liberdade provisória no crime de tráfico ilícito de drogas.

Por meio dos argumentos desenvolvidos, é possível observar que nestes últimos anos houve uma evolução acerca da possibilidade de se responder ao processo em liberdade. Podemos afirmar, que este desenvolvimento até então obtido, iniciou-se com a inserção no artigo 310 do Código de Processo Penal, do seu parágrafo único, que, em poucas palavras, permite a liberdade provisória sem o pagamento de fiança, em respeito essencialmente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do devido processo legal. Posteriormente, passou-se a possibilitar que os acusados por crimes hediondos e equiparados também respondessem ao processo solto, tendo em vista que foi retirada a vedação da liberdade provisória constante no artigo 2º, inciso II, da Lei de Crimes Hediondos. Esses fatos efetivaram a prisão cautelar como uma exceção e, conseqüentemente, afastaram a possibilidade de se executar uma pena futura e incerta.

Todavia, esta evolução ainda não atingiu a Lei nº 11.343/06, uma vez que em seu artigo 44 ainda há a vedação ao benefício da liberdade provisória. Assim sendo, os acusados pela suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes ainda não possuem como um direito garantido a possibilidade de se obter tal benesse quando presos em flagrante delito. Não se afirma aqui que a todos os outros crimes a resposta ao processo em liberdade é algo certo e definitivo, mas sim que o magistrado deve analisar o caso concreto para verificar a ocorrência de motivos que determinem a decretação da prisão preventiva, conforme estipulado no artigo 310, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Ante os pontos supracitados, evidencia-se que a manutenção do artigo 44 da Lei de Drogas, ou melhor, a falta da análise da constitucionalidade

deste artigo pelo Supremo Tribunal Federal, proporciona aos réus em crimes de tráfico ilícito de drogas a insegurança acerca dos seus direitos e possibilidades. Em outras palavras, estes contam com a “sorte” da distribuição de seu processo. Como demonstrado neste projeto, caso o pedido de liberdade provisória seja formulado perante o e. Superior Tribunal de Justiça, no momento da distribuição do processo e, então, quando possível se verificar para que turma este foi destinado, o réu já terá claro quais as chances de se obter o requerido, uma vez que os posicionamentos são tão divergentes.

Dessa forma, a não pacificação do tema pelos magistrados torna desigual o tratamento recebido por quem pratica o mesmo tipo de crime e encontra-se na mesma situação processual. Atualmente, o que se pode esperar é a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 11.343/06, uma vez que já foi reconhecida a repercussão geral do tema, em controle difuso de constitucionalidade, nos autos do Recurso Extraordinário nº 601.384/RS.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 54.475/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 28/08/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 126.228/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 08/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 126.308/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 131.302/PB, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 21/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 134.350/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 21/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 145.797/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 03/05/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 150.905/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fisher, DJe 22/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 155.380/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE), DJe 05/04/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 158.075/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 13/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 163.701/TO, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 11/10/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 164.702/MT, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 16/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 169.454/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13/09/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 83.010/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 06/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97.820/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJe 01/07/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 101.505/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 12/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.009/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJE 19/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98.233/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 29/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98.428/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 23/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 601.384/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29/10/2009.

CRUZ, Rogério Schietii Machado. **Prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A Inutilidade Atual da Fiança. **Revista dos Tribunais**, 769/485. Novembro, 1999.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, Vol. 1.